



**Centro Universitário de Brasília  
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

**CARLOS MAGNO DE SOUZA**

**NORMAS, PRINCÍPIOS, REGRAS E POSTULADOS NA  
JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Brasília  
2010

**CARLOS MAGNO DE SOUZA**

**NORMAS, PRINCÍPIOS, REGRAS E POSTULADOS NA  
JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Civil Aplicado à Atividade Profissional.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo P. de Mello

Brasília  
2010

**CARLOS MAGNO DE SOUZA**

**NORMAS, PRINCÍPIOS, REGRAS E POSTULADOS NA  
JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Trabalho apresentado ao Centro  
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)  
como pré-requisito para a obtenção de  
Certificado de Conclusão de Curso de  
Pós-graduação Lato Sensu em Direito  
Processual Civil Aplicado à Atividade  
Profissional.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo P. de Mello

Brasília, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2010.

**Banca Examinadora**

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Tânia Cristina Silva Cruz

---

Prof. Dr. Einstein Lincoln Borges Taquary

*Ao Deus Eterno, Todo-Poderoso. Porque Nele, e por Ele, e para Ele, são todas as coisas.*

*Aos meus pais, irmãos, minha família, enfim: pela fé, amor e esperança.*

*À minha esposa, Luciana, e aos meus filhos, Larissa e Alexandre, meus portos seguros.*

## **AGRADECIMENTO(S)**

Ao Professor Dr. Rodrigo Pereira de Mello, por aceitar o desafio de orientar este trabalho, nas condições adversas em que foi proposto.

À Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Tânia Cruz, pelo incentivo.

Em memória de Diva Alves Barcelos,  
querida avó, que partiu durante a  
execução deste trabalho.  
Combateu o bom combate, acabou a  
carreira, guardou a fé.  
Resta-lhe agora a coroa da justiça, que o  
SENHOR, justo juiz, lhe dará naquele dia.

## RESUMO

Normas, princípios, regras e postulados, como são apresentados na doutrina e como são atualmente aplicados na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça/STJ, constituem o tema deste trabalho, resultante do cotejo das conclusões colhidas em pesquisa bibliográfica confrontada a pesquisa jurisprudencial na base de dados do STJ. As fontes doutrinárias adotadas estão limitadas ao pensamento de Norberto Bobbio, José de Oliveira Ascensão e Humberto Bergmam Ávila, dado o caráter destacável da influência destes autores no pensamento jus-filosófico nacional. O conceito de norma é recebido como gênero, não obstante a visão contrária e bem fundamentada de Oliveira Ascensão. Dá-se especial destaque ao conceito de postulados normativos e, em decorrência, à doutrina de Ávila. A jurisprudência citada, embora não esgote a matéria, reflete com razoável segurança o entendimento atual da Corte que, nos termos da Constituição Federal, tem o papel de uniformizar a aplicação da legislação federal infraconstitucional. As conclusões apontam para uma falta de precisão terminológica e indícios de confusão conceitual com que o tema é tratado pelo STJ.

**Palavras-chave:** Filosofia do direito. Interpretação jurídica. Normas. Princípios. Regras. Postulados. Doutrina. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça.

## ABSTRACT

Norms, principles, rules and postulates, as presented in the doctrine and how they are currently applied in the jurisprudence of the Superior Tribunal de Justiça / STJ, are the subject of this work, resulting from the comparison of the conclusions drawn in research literature faced in jurisprudence from the STJ database. The sources of doctrine adopted are limited to the thought of Norberto Bobbio, José de Oliveira Ascensão and Humberto Bergman Avila, given the remarkable character of the influence of these authors in the Brazilian philosophical thought. The concept of norms is received as gender, despite the vision contrary and well-founded of Oliveira Ascensão. It gives special emphasis to the concept of normative postulates and, consequently, the doctrine of Avila. The case law cited, though not exhausted the subject, reflects with reasonable certainty the current understanding of the Court that under the Constitution, has the role of uniform application of federal law. The findings point to a lack of precise terminology and evidence of conceptual confusion with which the subject is treated by the STJ.

**Key words:** Philosophy of Right. Legal interpretation. Norms. Principles. Rules. Postulates. Doctrine. Jurisprudence. Superior Tribunal de Justiça.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>10</b>
<b>1 NORMAS, PRINCÍPIOS, REGRAS E POSTULADOS</b>	<b>12</b>
1.1 Considerações gerais	12
1.2 Norma jurídica no pensamento de Norberto Bobbio	13
1.3 Norma, regra e princípio no pensamento de Oliveira Ascensão	15
1.4 A tripartição normativa proposta por Humberto Ávila	22
<b>2 NORMAS NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ</b>	<b>29</b>
2.1 Origem e papel do Superior Tribunal de Justiça	29
2.2 Norma como prescrição de comportamento	30
2.3 Norma como gênero	33
2.4 “Postulados normativos”	35
2.4 Postulados normativos: um estudo de caso	37
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>43</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>45</b>

## INTRODUÇÃO

A doutrina, como lhe é próprio, diverge quanto aos conceitos de normas e suas variantes (princípios, regras e, mais recentemente, postulados), deixando para a jurisprudência o papel de atuar como o “fiel da balança”, elegendo e aperfeiçoando uma determinada tendência. Ocorre que esse trabalho é lento, gradual e constantemente revisto, até em função do contexto histórico e social, do qual não pode, evidentemente, se divorciar.

Daí então o que se propõe o presente esforço: incursionar na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para extrair de lá uma melhor idéia de como se apresenta no atual contexto (o pós-positivismo jurídico) em que os princípios de direito ganham papel de destaque.

O objetivo não é oferecer um diagnóstico completo, preciso, cirúrgico. Nem tampouco se deseja desqualificar a contribuição que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça prestou – e presta – ao país. Antes, o que se buscou foi proceder a uma análise que permitisse delinear os pontos satisfatórios e apontar aqueles que devem ser aperfeiçoados para que a jurisprudência esteja à altura da Corte que a produz.

Para alcançar esses objetivos, procedeu-se inicialmente a uma revisão doutrinária, por meio de pesquisa bibliográfica, fundada nas correntes jusfilosóficas mais evidentes, ou com maior influência, no meio jurídico nacional. Após, cuidou-se de extrair da base de dados que contém a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça julgados em que os conceitos foram explícita ou implicitamente empregados, para, da análise de seus fundamentos, inferir o grau de exatidão técnica no emprego conceitual.

Esperamos, assim, demonstrar se o atual estado da jurisprudência é tecnicamente aceitável, ou se os agentes que contribuem para a sua formação devem se esmerar mais na fundamentação teórica para que, como dito, esteja à altura da missão constitucional da Corte.

O presente trabalho foi então estruturado em apenas dois capítulos.

O primeiro capítulo, teórico, apresenta as principais correntes jusfilosóficas e as linhas gerais com que tratam o tema. Ali se encontram expostos,

em apertada síntese, o pensamento de Norberto Bobbio, José de Oliveira Ascensão e Humberto Bergmam Ávila.

O segundo capítulo, de nuance mais pragmático, cuida dos julgados que foram pinçados, dentre os muitos extraídos da considerável massa de dados que contém a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, os quais, avaliou-se, mereciam ser analisados, porque tidos como representativos do estado atual com que são tratados na corte de uniformização os conceitos objeto deste estudo.

## 1 NORMAS, PRINCÍPIOS, REGRAS E POSTULADOS

### 1.1 Considerações Gerais

O homem é um ser social. Por suas inerentes limitações e por sua extrema fragilidade somente sobrevive com a assistência de seus semelhantes, pelo menos até e enquanto se percebe senhor de suas faculdades mentais.

Por isso, vive em grupos, construindo relações mais ou menos complexas, que variam no tempo e no espaço, que se ajustam e se compõem para permitir não só a sobrevivência do indivíduo, mas também – e principalmente – da comunidade em que está inserido.

A organização destes grupos sociais evolui, numa perspectiva linear, de parentes para famílias, destas para grupos de família, clãs e grupos de clãs, todos marcados por evidentes relações de parentesco (FERRAZ JR., 2003, p. 53-54), como se pode inferir de modelos ainda hoje encontráveis, por exemplo, em sociedades tribais indígenas.

Essa convivência grupal, a par de todos os benefícios que proporciona, traz também o campo propício para eclosão de inevitáveis conflitos, evidenciando a necessidade de estabelecimento de parâmetros e convenções tendentes a limitar as liberdades individuais em nome de um bem maior: a conservação da unidade grupal.

A estes preceitos, modelos ou linhas de conduta, que se prestam à limitação dos comportamentos individuais, é que se denominam “normas” (GUIMARÃES, 2004, p.408), palavra derivada do grego *gnorimos*, que significa “esquadro”, aferidor da pauta, ou padrão, de conduta (SILVA, 2004, p.958).

Com o tempo, os agrupamentos foram se tornando maiores, e as demandas sociais mais diversificadas, impondo-se gradativamente um gerenciamento supra-individual das tensões, necessidade respondida com a instituição do Estado, entidade concebida para assegurar a manutenção da ordem - exercendo, também, a prestação jurisdicional - de modo a pacificar as relações

sociais. Nesse estágio, a sociedade natural evoluiu para sociedade civil (BOBBIO et al, 1977, Vol.2, p.1.206-1.211).

Embora vista assim a noção possa parecer quase intuitiva, o conceito de norma e sua relação com os conceitos correlatos de princípios e regras rende, ainda hoje, longas discussões doutrinárias.

## **1.2 Norma jurídica no pensamento de Norberto Bobbio**

Norberto Bobbio (2005, p. 23-44) defende que o conceito de norma jurídica não é unívoco, podendo ser analisado por vários enfoques, segundo a corrente doutrinária a que se filie quem o examina. Reconhece que, embora seja legítima a abordagem da experiência jurídica pela ótica da normatização, há outras abordagens de tal experiência que consideram como elementos característicos fatos diversos das regras de conduta. Assim, aponta a existência de três correntes: a corrente institucionalista, a corrente relacionista e, por fim, a corrente normativista.

A corrente institucionalista defende a “Teoria do Direito como Instituição” e tem como expoentes, dentre outros, o francês Maurice Hauriou e o italiano Santi Romano. O conceito de direito, nessa teoria, se funda em três elementos. Primeiro, a interdependência dos conceitos de direito e sociedade, no sentido de que um só é possível em razão do outro. Só há direito onde há sociedade e só há sociedade onde há direito. Segundo, o conceito de direito pressupõe uma ordem social, ou seja, uma determinada disposição das coisas para a consecução de um fim comum e, em terceiro, é de se considerar que esta ordem imposta pelo direito é mais ampla que aquela dada pela existência, de modo que se constitui, por si só, em um ente. Em outras palavras, o conceito de direito, nesta teoria, é constituído por três elementos: a) a sociedade, como suporte fático da existência do direito; b) a ordem, como fim almejado por ele e c) a organização, meio necessário para realização da ordem (BOBBIO, 2005, p. 28-30). Destes três elementos, a organização seria o mais importante ou, no dizer de Bobbio (2005, p. 30) “a razão suficiente do direito, a razão pela qual o direito é aquilo que é, e sem a qual não seria o que é”.

À teoria institucionalista se reconhece o mérito de perceber o direito como um conjunto de normas mais amplo que aquele emanado do próprio Estado, pois,

nela, nenhuma instituição pode ser criada sem a produção de regras, ainda que a recíproca não seja necessariamente verdadeira. Ademais, estas normas têm, quando consideradas isoladamente, pesos distintos, formando, no seu conjunto, um ordenamento, em que determinadas regras sujeitam-se a outras ditas superiores e conservam sob seu domínio normas ditas subordinadas.

Para a corrente relacionista, o elemento característico da experiência jurídica é a relação intersubjetiva. Essa doutrina sofreu severas críticas dos adeptos da corrente institucionalista, em que pese o fato de, em última análise, nascerem de um mesmo fundamento, qual seja, o de que o direito é um fenômeno social. A diferença é que para os institucionalistas o direito é considerado um produto não dos indivíduos entre si, como querem os relacionistas, mas da sociedade em seu complexo (BOBBIO, 2005, p.37).

Dentre os expoentes do relacionismo jurídico, Bobbio cita Immanuel Kant, com sua “Doutrina do Direito”, de 1797, e o jurista italiano Giorgio Del Vecchio e do pensamento destes dois jusfilósofos extrai argumentos para refutar as principais críticas feitas pela escola institucionalista ao relacionismo (BOBBIO, 2005, p.38-40).

Para os adeptos do relacionismo, o elemento característico da experiência jurídica é a relação jurídica, que se constitui entre dois sujeitos, dos quais um é titular de uma obrigação e o outro de um direito. Essa relação é, portanto, intersubjetiva (do homem com seu semelhante), e diferente da moral (relação subjetiva, do homem consigo mesmo) ou da economia (relação objetiva, do homem com as coisas) (BOBBIO, 2005, p. 40-41).

Bobbio, porém, defende que a consideração do direito como relação intersubjetiva não afasta a consideração normativa pois, sendo, em última análise uma relação direito-dever, enquanto confere direito a um, impõe obrigação a outros e esta obrigação não deriva senão de uma regra, que ordena ou proíbe. Visto assim, o direito é apenas o reflexo subjetivo de uma norma imperativa, seja ela positiva ou negativa, por isso, é a existência e incidência de uma norma que qualifica determinada relação como jurídica e não vice-versa. Uma relação, enquanto não regulada pelo direito é apenas uma relação de fato. Conclui, assim, que a teoria normativista, que percebe o direito como norma, não é excluída pelas outras duas correntes, antes, funciona como pressuposto de validade de ambas. A seu ver, as teorias se integram, cada uma evidenciando um aspecto da experiência jurídica: “a

teoria da relação, o aspecto da intersubjetividade; a da instituição, o da organização social; a normativista, o da regularidade” (BOBBIO, 2005, p.44).

Assevera, entretanto, que, dos três, o aspecto fundamental é sempre o aspecto normativo, visto que os primeiros são condições necessárias, mas a regularidade (existência e eficácia da regra) é condição necessária e suficiente.

A norma, então, poderia ser enunciada como prescrição de comportamento, permissiva ou proibitiva, emanada de uma dada sociedade organizada e destinada a assegurar – mediante sanção externa e institucionalizada – a consecução de fins previamente definidos pela sociedade que a criou. (BOBBIO, 2005, p. 160). Esse conceito, entretanto, não é unânime, como se verá.

### **1.3 Norma, regra e princípio no pensamento de Oliveira Ascensão**

José de Oliveira Ascensão (1984, p. 11) considera que a norma não é um fenômeno da natureza, de ocorrência espontânea, como a chuva ou os desastres naturais. Trata-se, antes, de uma construção da mente humana. Não é, contudo, construção do homem isoladamente, mas uma construção social, vez que a norma, enquanto prescrição de comportamento, é manifestada exteriormente, buscando criar e manter uma determinada ordem social, necessária à formação e sobrevivência da sociedade. Essa ordem, criada e mantida pelas normas, pode ser percebida em qualquer ajuntamento humano, de qualquer lugar e em qualquer tempo, mas só pode ser encontrada entre sociedades, sejam simples ou complexas, nunca fora delas.

Por outro lado, e enquanto fenômeno social, as normas que criam e sustentam a ordem social não são, exclusivamente, as positivadas no direito. Com efeito, “a ordem social já se apresentava com o mesmo significado antes do aparecimento da escrita, e as instituições continuam hoje a operar a sua ação, levem ou não à formulação de regras escritas” (ASCENSÃO, 1984, p.19).

A ordem social se desdobra em quatro aspectos: a ordem religiosa, a ordem moral, a ordem de trato social e a ordem jurídica.

A ordem religiosa é uma ordem normativa fundada nas relações com Deus. As normas que a compõem têm um caráter predominantemente intra-individual, mas com repercussão na sociedade, na medida em que ordena preceitos aos seus membros. Trata-se, também, de uma ordem instrumental, pois prepara, ou torna possível, uma ordem posterior, transcendental, “que não é deste mundo” (ASCENSÃO, 1984, p. 30).

A ordem moral “é uma ordem de condutas, que visa o aperfeiçoamento da pessoa, dirigindo-a para o bem” (ASCENSÃO, 1984, p.30). Também tem caráter intra-individual, destinando-se mais ao aperfeiçoamento do indivíduo que ao da organização social. Todavia, também nelas se pode perceber um transbordamento para a sociedade, pois a compreensão dos comportamentos sociais necessariamente pressupõe a compreensão das convicções morais individuais.

A ordem do trato social, expressão com que Ascensão traduz o vocábulo alemão *sitte*, é, em última análise, uma ordem ditada pelos usos e costumes, entendidos como práticas rotineiras e usuais, reiteradamente observadas e dotadas de um certo sentido de “ser devido”, já que a violação destes usos e costumes provoca reprovação social, por vezes manifestada em forma de sanções sociais difusas, como, por exemplo, a segregação do indivíduo considerado inconveniente.

Com tudo isso, a principal característica desta ordem ainda é a ausência da coercibilidade, até porque “não se observando estas regras, a convivência torna-se mais difícil, mas não se põe em causa a comunidade” (ASCENSÃO, 1984, p 31). O indivíduo pode, em última análise, optar por submeter-se à regra social ou assumir as consequências de sua violação.

A ordem jurídica, por sua vez, é aquela voltada para os aspectos mais importantes da convivência social. É expressa por normas jurídicas, tendentes à realização de valores como a justiça e a segurança.

As principais características desta ordem são imprescindibilidade e universalidade.

A ordem jurídica é imprescindível à formação e à manutenção da sociedade pois na sua ausência têm-se o estado de anomia, que necessariamente conduz ao caos e à desordem, impedindo a sobrevivência de qualquer sociedade.



Daí, a sociedade só é possível enquanto sujeita à ordem jurídica – o direito – que é sempre um fenômeno social: *ubi ius, ibi societas*.

A universalidade da norma jurídica pode ser facilmente percebida, pois se verifica que qualquer ajuntamento humano constrói esta ordem, cujo fim é o bem comum. O seu propósito é ordenar os aspectos elementares da convivência humana, de modo a “criar as condições exteriores que permitam a conservação da sociedade e a realização pessoal dos seus membros” (ASCENSÃO, 1984, p. 184).

Daí a máxima *ubi societas, ibi ius*. Não haveria, por isso, uma só sociedade que não tenha estabelecido tal ordem. Note-se que, contrariamente ao que defende Norberto Bobbio, para José de Oliveira Ascensão o direito está no âmago de toda e qualquer ordem social.

As normas jurídicas são o meio pelo qual a ordem jurídica se expressa. O conjunto de modos de formação e revelação das normas jurídicas é designado por “fontes do direito”. As principais fontes do direito são os costumes e a Lei.

Para Ascensão, a doutrina e a jurisprudência não são propriamente fontes do direito. A jurisprudência porque, em última análise, é um meio em que se forma o ambiente propício para que as verdadeiras fontes do direito criem regras (ASCENSÃO, 1984, p. 241) e a doutrina, em que pese colaborar poderosamente para a vida jurídica e ainda que não se possa negar a sua autoridade, guarda com a jurisprudência o mesmo caráter de meio para atuação das fontes autênticas (costumes e lei) na formação de regras (ASCENSÃO, 1984, p. 256-257).

O costume, enquanto fonte autêntica, é formado por dois elementos: o uso e a convicção de obrigatoriedade. Por uso se deve entender a prática social reiterada (ASCENSÃO, 1984, p. 193). Quanto à convicção de obrigatoriedade, apresenta-se como elemento da consciência social, na medida em que os membros de uma dada comunidade têm a consciência do dever-ser, da própria obrigatoriedade, de tal modo que sua observância não derive só da cortesia ou da rotina.

Assim, o costume é a prática reiterada, com convicção de obrigatoriedade, que pode ser *secundum legem* (nas situações em que lei e costume coincidem por inteiro); *praeter legem* (quando o costume não contraria a lei, mas vai

além dela, alcançando matéria que a própria lei não regula) ou *contra legem* (nas situações em que costume e lei estão em contradição).

A noção de lei, por sua vez, não é facilmente determinável, como bem explica o jusfilósofo em extensa parte da sua obra (ASCENSÃO, 1984, p. 206-238). Todavia, não se furta a esboçar um conceito:

Lei é um texto ou fórmula significativo de uma ou mais regras jurídicas, emanado, com observância das formas eventualmente estabelecidas, da autoridade competente para pautar critérios normativos de solução de casos concretos.

Se quisermos pressupor a noção de ato normativo, que não interessa diretamente quando se contemplam os modos de revelação de regras jurídicas, diremos simplesmente que lei é o texto ou fórmula, imposto através das formas do ato normativo, que contiver regras jurídicas. (ASCENSÃO, 1984, p. 208)

Outro traço característico da Lei é a generalidade de sua força obrigatória (ASCENSÃO, 1984, p. 238). Uma vez vigente, a lei impõe-se igualmente a toda sociedade, vinculando todos que se encontrem sob mesma situação jurídica.

Das fontes do direito - costumes ou leis - derivam regras jurídicas, que são modos de expressão da ordem jurídica (ASCENSÃO, 1984, p. 422), formadas por dois elementos: a previsão e a estatuição.

Toda regra prevê um acontecimento ou estado de coisas, (de onde a previsão), que constitui aquilo que o autor designa *facti species*, conceito não muito distante do que, no direito pátrio, usualmente se designa por suporte fático, podendo incluir situações ou fatos. Nesse sentido, apenas, se pode dizer que a regra é hipotética, pois sua aplicação só se verifica quando se produz um fato que corresponda à sua própria previsão (ASCENSÃO, 1984, p. 425). Logo, regras são de aplicação condicionada, todavia, sempre que seus pressupostos são verificados, tornam-se imperativas, pois estipulam conseqüências jurídicas para o caso de ocorrência fática do acontecimento previsto. Eis aí a estatuição.

Outras características apontadas pelo autor como comuns às regras são a generalidade e a abstração (ASCENSÃO, 1984, p. 428).

A noção de generalidade contrapõe-se à idéia de individualidade. Como a norma é necessariamente típica, pressupõe uma *facti species* que é, por natureza, heterônoma, não se refere a pessoas determinadas, de onde a generalidade.

Quanto à abstração, os fatos e as situações previstas de antemão pela regra não estão previamente concretizadas (ASCENSÃO, 1984, p. 428). São situações futuras que podem vir ou não a ocorrer. Por isso, é inerente a toda regra certo grau de incerteza quanto à concreção: cria-se a regra para fatos incertos, não previamente conhecidos. Esta é a característica da abstração, própria da regra e não encontrável no conceito de norma jurídica defendido pelo autor, para quem uma ordem emanada de autoridade competente determinando o recolhimento de todas as armas em poder dos cidadãos é norma, mas não é regra, pois se trata de situação preexistente e conhecida (ASCENSÃO, 1984, p. 430-431). Não há, portanto, abstração. Regra haveria se a determinação obrigasse que todas as armas que, doravante, viessem a ser adquiridas, fossem apresentadas à autoridade policial, pois nesta hipótese estaria presente a abstração que deve caracterizar a regra.

Enquanto a regra representa critérios de decisão de casos concretos presentes ou futuros, sendo estabelecida para vigorar *a posteriori*, a norma, no entender do autor, representa critérios materiais de apreciação e solução de casos concretos com aplicação pretérita ou presente (ASCENSÃO, 1984, p. 368), de onde concluir que a norma propriamente dita, ao contrário da regra, não é caracterizada pela abstração (ASCENSÃO, 1984, p. 431).

Quanto aos princípios de direito, Ascensão os percebe como integrantes de uma categoria qualitativamente diversa da regra, destinada a solucionar os casos não debelados por esta. É que a regra, por ser necessariamente típica e referir-se a situações ou fatos específicos, torna-se limitada para abarcar todos os casos da vida. Daí decorrem as lacunas, algumas das quais podem ser superadas por processos analógicos. Todavia, não se pode esperar que a integração analógica possa superar todas as lacunas. “Sem ficção, não podemos pretender que as regras, quer expressas, quer induzidas, bastem para resolver todos os problemas” (ASCENSÃO, 1984, p. 368). Nesses casos, os princípios se apresentam como salvaguarda da preocupação da ordem jurídica de não denegar solução aos casos concretos.

Para abranger os casos que não se deixam solucionar pelas regras, os princípios devem ser concebidos como critérios formais de solução e, neste ponto, vão se diferenciar das normas, que são critérios materiais.

O problema é que “os critérios formais calam perante situações de grande importância ou perante soluções paralelamente enunciadas” (ASCENSÃO, 1984, p. 173). O exemplo, apresentado pelo próprio jurista, é inspirado na questão da segregação racial: o lema “separados, mas iguais” pode satisfazer formalmente à justiça (critério formal), porém a sua essência (critério material) fere as disposições básicas do direito natural. Em outras palavras: formalmente a expressão não coloca nenhum grupo em posição inferior, já que ressalta, pelo menos na forma, a “igualdade”. Todavia, como explica o autor:

Essa igualdade satisfaria a justiça. Todavia, não deixaria de haver violação do direito natural, pois mesmo assim uma discriminação racial violaria os princípios essenciais sobre a dignidade e a comunhão humanas. (ASCENSÃO, 1984, p. 173)

Por outro lado, e em que pese o problema apresentado, critérios formais têm seu valor.

É que os critérios materiais são, por natureza, limitados e esgotam-se com a analogia. Os critérios formais não. A sua maior amplitude permite que se socorra deles para solucionar as lacunas deixadas pelas regras. Assim, os princípios, enquanto critérios formais, “não determinam diretamente condutas, mas estabelecem critérios que permitem, mediante uma valoração, disciplinar as condutas” (ASCENSÃO, 1984, p. 370).

Os princípios são, então, “grandes orientações” que percorrem a ordem jurídica e a tornam viva e que, por isso, têm a potencialidade de conduzir a novas soluções. “Como componentes da lei, merecem o mesmo respeito e obrigatoriedade da própria lei” (ASCENSÃO, 1984, p. 371).

Assim, para José de Oliveira Ascensão, os conceitos de norma, regra e princípio são distintos.

A norma é uma construção social, consistente em prescrições de comportamentos para os indivíduos que integram determinado grupo (ASCENSÃO, 1984, p. 13-14). Cria ela uma ordem social, que se desdobra em ordem religiosa, ordem moral, ordem de trato social e ordem jurídica (ASCENSÃO, 1984, p. 30-32), esta expressa por normas jurídicas, tendentes à realização de valores como a justiça e a segurança. A norma jurídica consiste em critérios materiais, limitados por natureza e que se esgotam com a analogia, destinados à apreciação e solução de

casos concretos (ASCENSÃO, 1984, p. 368) com aplicação pretérita ou presente, mas nunca futura, de onde se concluir que não é caracterizada pela abstração (ASCENSÃO, 1984, p. 431).

As regras, por sua vez, são modos de expressão da ordem jurídica, formadas por dois elementos: a previsão e a estatuição (ASCENSÃO, 1984, p. 422). Previsão porque elege acontecimentos ou estados de coisas (*facti species*) a que atribuí (estatui) efeitos jurídicos (ASCENSÃO, 1984, p. 423). Nesse sentido, as regras são hipotéticas e de aplicação condicionada, tornando-se imperativas sempre que seus pressupostos são verificados (ASCENSÃO, 1984, p. 425). Caracterizam-se, ainda, pela generalidade, porque não se refere a pessoas determinadas (ASCENSÃO, 1984, p. 429) e pela abstração, porque dirigida para fatos futuros e incertos, que podem ou não se tornarem reais (ASCENSÃO, 1984, p. 431). Esta abstração é a principal diferença entre a norma e a regra.

Princípios de direito são “grandes orientações”, critérios formais de solução (e não materiais, como as normas), consistentes em prescrições extremamente abstratas, integrantes de uma categoria qualitativamente diversa da regra, destinada a solucionar os casos não debelados por ela (as lacunas), permitindo à ordem jurídica não denegar solução a casos concretos (ASCENSÃO, 1984, p. 368-371).

Diz o autor:

Os princípios do direito são pois, antes de mais, princípios ou grandes orientações da ordem positiva, que a percorrem e vivificam, e que têm assim a potencialidade de conduzir a novas soluções. Porque a ordem jurídica não é um amontoado casual de elementos, é iluminada por grandes orientações que lhe dão o travejamento básico e que, dissemos, como componentes da lei, merecem o mesmo respeito e obrigatoriedade da própria lei. Assim, o princípio da boa fé, o princípio da conservação dos negócios jurídicos e tantos outros que tem sido elaborados. Estes princípios não são normas, são princípios de caráter formal. (ASCENSÃO, 1984, p. 371)

Pode-se concluir, então, que na doutrina de José de Oliveira Ascensão, norma, regra e princípio não se confundem: são modos diversos de expressão da ordem jurídica, pelo que não há, entre eles, qualquer relação gênero/espécie.

#### 1.4 A tripartição normativa proposta por Humberto Ávila.

Na doutrina nacional merece destaque a tese de Humberto Bergmann Ávila, que rompe com a usual bipartição da norma em princípio e regra.

Embora não se preocupe tanto em estabelecer expressamente um conceito para normas, o autor se propõe a conservar a distinção entre os conceitos de princípios e regras, reestruturando-os sobre outras bases:

Este trabalho procura, pois, contribuir para uma melhor definição e aplicação dos princípios e das regras. Sua finalidade é clara: manter a distinção entre princípios e regras, mas estruturá-la sob fundamentos diversos dos comumente empregados pela doutrina. (ÁVILA, 2009, p. 25)

A principal contribuição resultante de suas reflexões pode ser sintetizada na tese de que princípios e regras são duas das três espécies em que o gênero norma pode ser dividido. A terceira são os postulados normativos (ÁVILA, 2009, p. 27).

Para Ávila, a norma jurídica não pode ser confundida com o texto da lei. Primeiro porque existem normas, a exemplo do princípio da segurança jurídica e da certeza do direito, que não estão expressos nos textos legais. Depois, nem todo texto legal traz em si uma norma, a exemplo do que ocorre com o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 (ÁVILA, 2009, p. 30). Conclui, assim, não existir uma correspondência direta entre texto e norma (ÁVILA, 2009, p. 31).

Diz ainda que a norma não resulta dos textos em si, mas de uma construção derivada da interpretação sistemática que o intérprete faz deles (ÁVILA, 2009, p. 30) ou, em outras palavras, não é norma o que está escrito, mas o comando que se extrai ao interpretar o que foi escrito pelo legislador. Ressalva, entretanto, que a construção de sentidos, a cargo do intérprete, não se constitui em um poder ilimitado, já que “há traços de significados mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem” (ÁVILA, 2009, p. 32).

Vista por este prisma, a interpretação – que dá origem ao sentido da norma – é uma reconstrução, porque “interpretar é construir a partir de algo, por isso

significa reconstruir” (ÁVILA, 2009, p. 33) e, porque é reconstrução, a qualificação normativa, se regra ou se princípio, não pode ser estabelecida *a priori*: dependerá em grande parte, “da colaboração constitutiva do intérprete” (ÁVILA, 2009, p. 35).

No tocante aos princípios e regras, diz Ávila que o exame da doutrina acerca da matéria permite identificar quatro critérios usualmente empregados para diferenciar tais conceitos: o caráter hipotético-condicional, o modo final de aplicação, o relacionamento (ou conflito) normativo e o fundamento axiológico.

A distinção pelo caráter hipotético-condicional consiste em que as regras são aplicadas ao modo “se..., então...” e, por isso, possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão. Os princípios, por sua vez, se limitam a indicar fundamentos para que o aplicador possa, em casos futuros, determinar a regra aplicável a casos concretos.

A distinção pelo modo final de aplicação está em que as regras são aplicadas de modo absoluto – critério tudo ou nada – enquanto os princípios comportam aplicação parcial – critério mais ou menos - vale dizer: são ponderados. (ÁVILA, 2009, p. 44). Todavia, Ávila demonstra, com fundamento em decisões judiciais, que o caráter absoluto das regras comporta temperamentos, de modo que as circunstâncias do caso concreto também podem permitir alguma ponderação que resulta, concretamente, na mitigação ou na supressão da incidência da regra. (ÁVILA, 2009, p. 44-51).

O modo como os princípios e as regras se relacionam nas hipóteses de conflito normativo é usualmente apontado como critério distintivo entre as espécies normativas. A diferença estaria em que a antinomia entre regras se constitui em verdadeiro conflito, só se resolvendo com a declaração de nulidade de uma delas (ou de ambas), ao passo em que a antinomia entre princípios é tão somente um conflito aparente (ÁVILA, 2009, p. 51).

Esse entendimento, contudo, é criticado pelo autor, sob três argumentos. Alega, inicialmente, a ocorrência de casos em que as regras entram em conflito sem que percam, por isso, a validade, hipóteses em que a antinomia se resolve por ponderação (ÁVILA, 2009, p. 52). Depois, diz que o relacionamento entre regras gerais e regras excepcionais e entre princípios que se imbricam não é diferente quanto à ponderação de valores em si, mas à intensidade da apreciação que o



aplicador faz, menor na primeira hipótese, entre regras, que na segunda, entre princípios. (ÁVILA, 2009, p. 56).

Por fim, lembra que a ponderação de regras é verificada “na delimitação de hipóteses normativas semanticamente abertas, ou de conceitos jurídico - políticos, como estado de direito, certeza do direito, democracia.” (ÁVILA, 2009, p. 57). Conclui, daí, que a atividade de ponderação não é exclusiva dos princípios, mas inerente a qualquer norma. O tipo de ponderação que se faz é que é diverso. (ÁVILA, 2009, p. 63).

No que diz com a distinção entre princípios e regras pelo fundamento axiológico, conclui:

Tanto as regras quanto os princípios possuem o mesmo conteúdo de dever-ser. A única distinção é quanto à determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação: os princípios não determinam diretamente (por isso *prima-facie*) a conduta a ser seguida, apenas estabelecem fins normativamente relevantes, cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento necessário à promoção do fim; as regras dependem de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação nos casos normais, pois o comportamento já está previsto frontalmente pela norma. (ÁVILA, 2009, p. 63)

Ávila, após criticar esses critérios usuais, propõe que a distinção entre as espécies normativas se dê a partir da natureza do comportamento prescrito (ÁVILA, 2009, p. 71-73); da natureza da justificação exigida (ÁVILA, 2009, p. 73-76); e da medida de contribuição para a tomada de decisão (ÁVILA, 2009, p. 76-78).

Assim, quanto à natureza do comportamento prescrito, as regras, porque descrevem condutas a serem adotadas e têm como escopo obrigações, permissões e proibições, são normas imediatamente descritivas. Já os princípios estabelecem um estado de coisas, situações qualificadas por determinadas qualidades que, para se tornarem reais, requerem a adoção de certos comportamentos.

Por isso, enquanto princípios são “normas-do-que-deve-ser”, cujo conteúdo se refere a um estado ideal de coisas, as regras são “normas-do-que-fazer”, com conteúdo associado diretamente a ações (ÁVILA, 2009, p. 72)

A distinção pelo critério da justificação exigida pode ser assim sintetizada:



A interpretação e a aplicação das regras exigem uma avaliação de correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte, ao passo que a interpretação e a aplicação dos princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária. (ÁVILA, 2009, p. 73)

Para Ávila esse critério enfoca a justificação necessária à aplicação da norma e, por isso, pode ser verificado *a priori* (ÁVILA, 2009, p. 73). Afasta, ainda, a diferenciação pelo modo de aplicação – tudo ou nada para as regras e mais ou menos para os princípios – que só poderia ser verificado ao final (ÁVILA, 2009, p. 73).

No que tange ao critério da medida de contribuição para a decisão, os princípios, por abrangerem apenas parcialmente os aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica. Apenas contribuem, a par de outras razões, para a tomada de decisão. As regras, por este prisma, são normas “preliminarmente decisivas e abarcantes” (ÁVILA, 2009, p. 76) que, por pretenderem abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, tendem a apresentar soluções específicas para conflitos entre razões.

Além de princípios e regras – que promovem a realização de um estado de coisas – existem normas destinadas a disciplinar o modo como o dever de promover um estado de coisas deve ser aplicado. Estas normas – metanormas ou normas de segundo grau – situam-se num nível diverso dos princípios e regras, pelo que requerem definição distinta: os postulados normativos. (ÁVILA, 2009, p. 124).

Quanto à distinção entre os conceitos de postulados, princípios e regras, diz o autor:

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objetos da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação das outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são dirigidos primariamente ao poder público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e ao aplicador do direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível,

orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com as outras normas. (ÁVILA, 2009, p. 124)

Especificamente quanto à diferença entre princípios e postulados, diz o autor que se torna mais evidente quando se considera que aqueles, tomados como normas que estabelecem um estado ideal de dever-ser, podem ser cumpridas em vários graus e admitem, por isso, ponderação. Vistas assim as coisas, os postulados definitivamente não são princípios, pois não estabelecem um dever-ser ideal, não admitem aplicação gradual e nem tampouco são sopesados (ÁVILA, 2009, p. 125).

Por outro lado, os postulados também não são regras. Se as regras são normas descritivas do comportamento a ser observado, devem ser cumpridas integralmente e são excluídas em caso de antinomia (ÁVILA, 2009, p. 124-125), os postulados não descrevem comportamentos, não são cumpridos integralmente e não é possível excluí-los do ordenamento (ÁVILA, 2009, p. 125).

Dessarte, os postulados não são nem princípios, nem regras. São normas metódicas, “que estruturam a aplicação de outras normas com rígida racionalidade” e assim, “fornecem critérios bastante precisos para a aplicação do direito” (ÁVILA, 2009, p. 125).

Os postulados podem ser classificados em postulados hermenêuticos e postulados normativos aplicativos.

Postulados hermenêuticos são aqueles destinados “à compreensão interna e abstrata do ordenamento jurídico” (ÁVILA, 2009, p. 125) como, por exemplo, o “postulado da unidade do ordenamento jurídico” (ÁVILA, 2009, p. 126), que admite ser dividido em postulado da coerência (ÁVILA, 2009, p. 126), que impõe ao intérprete da lei, dentre outros deveres, o de relacionar as normas com outras que lhe sejam formal ou materialmente superiores, e o postulado da hierarquia (ÁVILA, 2009, p. 126), que reclama a compreensão do ordenamento como uma estrutura escalonada de normas.

Postulados normativos aplicativos são condições que se aplicam para solucionar questões que surgem com a aplicação do direito ao caso concreto (ÁVILA, 2009, p. 135). Resolvem, assim, antinomias “contingentes, concretas e externas”, assim explicadas pelo autor:

Contingentes, em vez de necessárias, porque surgem ocasionalmente diante de cada caso; concretas, em vez de abstratas, porque surgem diante de um problema concreto; e externas, em vez de internas, porque não surgem em razão de conflitos internos ao ordenamento jurídico, mas decorrem de circunstâncias externas a ele. (ÁVILA, 2009, p. 135-136)

Ávila (2009, p. 136) apresenta como principais postulados aplicativos a proporcionalidade, a razoabilidade e a proibição de excesso.

Os postulados normativos aplicativos, por seu turno, podem ser divididos em duas categorias: postulados inespecíficos e postulados específicos (ÁVILA, 2009, p. 144-145).

Os postulados inespecíficos, ou incondicionais, são postulados eminentemente formais, no sentido de que estabelecem vinculação entre elementos e impõem-lhes determinada relação sem, contudo, “especificar quais são os elementos e os critérios que devem orientar a relação entre eles” (ÁVILA, 2009, p. 144). O autor coloca nessa categoria os postulados da ponderação (ÁVILA, 2009, p. 145-147), concordância prática (ÁVILA, 2009, p. 147) e proibição de excesso (ÁVILA, 2009, p. 147-152).

Quanto à aplicação dos postulados normativos aplicativos específicos (ou condicionais), diz o autor que “depende da existência de determinados elementos e é pautada por determinados critérios” (ÁVILA, 2009, p. 144), e argumenta:

A igualdade somente é aplicável em situações nas quais haja o relacionamento entre dois ou mais sujeitos em função de um critério discriminador que serve a alguma finalidade. Sua aplicabilidade é condicionada à existência de elementos específicos (sujeitos, critério de *discrímen* e finalidade). A razoabilidade somente é aplicável em situações em que se manifeste um conflito entre o geral e o individual, entre a norma e a realidade por ela regulada, e entre um critério e uma medida. Sua aplicabilidade é condicionada à existência de elementos específicos (geral e individual, norma e realidade, critério e medida). A proporcionalidade somente é aplicável nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim. Sua aplicabilidade está condicionada à existência de elementos específicos (meio e fim).

Nessas hipóteses os postulados normativos exigem o relacionamento entre elementos específicos, com critérios que devem orientar a relação entre eles. Também são postulados normativos formais, mas relacionados a elementos com espécies determinadas... (ÁVILA, 2009, p. 144-145).

O autor dedica, então, parte considerável da obra (p. 152 a 178) a explicar os postulados específicos (igualdade, razoabilidade e proporcionalidade) descrevendo seus aspectos gerais, o modo como se desdobram e se relacionam com outros postulados e valores (razoabilidade como equidade ou como equivalência, por exemplo), as muitas facetas que podem assumir (relação entre meio e fim, inerente ao postulado da proporcionalidade, por exemplo) descendo a detalhes que não nos pareceram úteis à condução deste trabalho, pelo que foram aqui dispensados.

Todavia, pode-se concluir, pelo exposto, que ÁVILA admite norma como gênero do qual são espécies os princípios e as regras (ÁVILA, 2009, p. 35), afinando-se, no ponto, com o pensamento de BOBBIO e, naturalmente, refutando as teses de ASCENÇÃO para quem, como visto, não há qualquer relação entre tais conceitos.

Porém, ao acrescentar uma terceira espécie, ÁVILA realmente rompe com “os fundamentos comumente empregados pela doutrina” (ÁVILA, 2009, p. 25) para apresentar como postulados normativos (com características muito próprias) o que, em geral, é visto apenas como princípios jurídicos.

## 2 NORMAS NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

### 2.1 Origem e papel do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça – STJ – é relativamente novo e, embora resulte de debates travados na segunda metade do Século XX, foi oficialmente criado pela Constituição Federal de 1988, instalando-se no ano seguinte.

Numa perspectiva histórica, o STJ apresenta-se como sucedâneo do Tribunal Federal de Recursos –TFR – este criado em 17 de maio de 1947 com a missão de funcionar como segunda instância da Justiça Federal.

Todavia, o expressivo volume de processos a cargo do Supremo Tribunal Federal fomentou reflexões sobre a falta de um Tribunal que pudesse se dedicar ao processamento e julgamento de questões infraconstitucionais, lacuna mais evidenciada na medida em que as questões constitucionais ganhavam maior relevância e, por isso, reforçava a necessidade de uma Suprema Corte dedicada exclusivamente às normas contidas na Carta Política, mormente com a intensificação do movimento pela redemocratização, a partir de 1985.

O Superior Tribunal de Justiça, em sua página na rede mundial de computadores ([www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)), assim registra esse momento de sua própria história:

A primeira iniciativa legal no sentido de se criar uma nova corte partiu dos próprios magistrados do TFR. A instituição, em 1976, mandou a minuta de um projeto de lei ao Congresso para a instituição do Supremo Tribunal de Justiça, que seria a última instância das leis infra-constitucionais do país, deixando para o STF a prerrogativa exclusiva de controlar a constitucionalidade.

Somente no recente período de redemocratização, em 1985, a iniciativa ganhou força. Atentos à possibilidade de convocação de uma Assembléia Constituinte, os magistrados do TFR resolveram se mobilizar. No ano seguinte, com o início dos trabalhos da Assembléia, o TFR formou uma comissão de magistrados – capitaneada pelo ministro Antônio de Pádua Ribeiro – para atuar junto aos parlamentares.

O empenho dos magistrados resultou em uma verdadeira revolução no Judiciário a partir da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988. Símbolo mor dessa transformação foi a criação do STJ, última instância das leis infra constitucionais tanto no âmbito da Justiça Federal como no da estadual.

Com efeito, na reorganização do Poder Judiciário Brasileiro, promovida pela Constituição vigente, coube ao Superior Tribunal de Justiça o papel de uniformizador da interpretação da legislação federal infraconstitucional, atuando como última instância das causas que não estejam diretamente fundadas na Constituição Federal, ou que sejam da competência da Justiça do Trabalho, da Justiça Militar ou da Justiça Eleitoral. É, assim, o órgão de convergência da Justiça Federal e da Justiça Comum, com jurisdição em todo o território nacional (Constituição Federal, art. 105).

Com a reforma do Poder Judiciário, promovida pela Emenda Constitucional 45, de 2005, o Superior Tribunal de Justiça acrescentou à sua competência o exame da concessão de cartas rogatórias e a homologação das sentenças estrangeiras.

Dessarte, em que pese a importância da sua competência e o crescente volume dos seus julgados, a pouca idade do Superior Tribunal de Justiça e as sucessivas alterações de seu Regimento Interno constituem fundamentos para afirmar que a jurisprudência da Corte é, ainda, incipiente.

Some-se a isso o fato de que o crescimento do volume de julgados não se traduz, necessariamente, em melhor qualidade dos debates.

Ainda assim, o exame de alguns acórdãos, tarefa de que agora se cuida, permitirá inferir as linhas gerais com que o Superior Tribunal de Justiça delimita os conceitos de norma, princípios e regras.

## **2.2 Norma como prescrição de comportamento**

Como já se registrou no capítulo anterior, para BOBBIO (2005, p. 160), a norma pode ser enunciada como prescrição de comportamento, permissiva ou proibitiva, emanada de uma dada sociedade organizada e destinada a assegurar – mediante sanção externa e institucionalizada – a consecução de fins previamente definidos pela sociedade que a criou.

Embora o conceito, como também já se disse, não seja unânime, encontra eco nos julgados do Superior Tribunal de Justiça.

No julgamento do Recurso Especial n.º 1.042.760/PE, de que foi relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, tem-se bom exemplo.

O contexto fático do caso em tela pode ser assim resumido: ocorrendo vaga para o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, vaga esta destinada a auditores, elaborou o órgão lista tríplice e a remeteu ao Governador do Estado que, por sua vez, escolheu da lista um nome.

Sentindo-se prejudicados por não terem sido sequer incluídos na primeira lista, dois outros auditores impetraram mandado de segurança, requerendo a nulidade do processo para que nova lista fosse elaborada, respeitando o critério de antiguidade.

A Corte Especial do Tribunal pernambucano, por maioria de votos, concedeu a ordem, nos termos em que pedida. Todavia, em razão de afastamentos de uns e impedimentos de outros membros do órgão julgador, a sessão de julgamento foi integrada por desembargadores convocados sem respeito à ordem decrescente de antiguidade, de modo que os 18º e 19º mais antigos foram preteridos, convocando-se outros, mais modernos.

O fato ensejou a oposição de embargos declaratórios, opostos pelo auditor inicialmente escolhido e pelo Estado de Pernambuco, que alegaram omissão quanto à aplicação do artigo 99, § 2º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN, ao fundamento de composição irregular da Corte Especial, embargos estes rejeitados, por maioria de votos, em acórdão assim ementado:

Embargos de Declaração com efeitos infringentes.

Recurso não conhecido tendo em vista a pretensão de se lhe atribuir efeitos modificativos. E sim, recebidos, tão somente para os efeitos de prequestionamento.

Isto porque, conforme jurisprudência pacífica, firmada na Súmula 169, do STJ e Súmula 293, do STF, não se admitem embargos infringentes contra acórdão que por maioria de votos concede ou denega Segurança em processo de competência originária do Tribunal; menos ainda, contra decisão em matéria constitucional submetida ao Plenário dos Tribunais.

Auditor e Estado interpuseram, então, recursos especiais e extraordinários alegando ambos, nos especiais, preliminar de negativa de prestação jurisdicional e, no mérito, violação ao art. 99 da LOMAN.



Essa a origem do aprofundado debate que marcou o julgamento do Recurso Especial, prevalecendo, por apertada maioria de votos, o do Relator, acompanhado pelos Ministros Jorge Mussi e Laurita Vaz. O Ministro Felix Fischer conheceu do recurso e lhe deu provimento por fundamento diverso, enquanto o Ministro Arnaldo Esteves Lima, em voto vencido, não conhecia do recurso.

Nesse contexto, o núcleo do Recurso Especial consistia na aplicação da norma contida no artigo 99, § 2º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional obrigando, naturalmente, ao exame de sua natureza.

No ponto, eis o que disse o Relator fez em seu voto:

13. Registro que, conforme adverte o eminente Professor NORBERTO BOBBIO, **as normas jurídicas se endereçam. de ordinário, à disciplina das condutas humanas** (Teoria da Norma Jurídica, tradução de Fernando Pavan Baptista, São Paulo, EDIPRO, 2003, Cap. I), mas, desde o surgimento das estruturas reguladoras da vida social e dos seus vários processos internos, se põe o problema das chamadas normas de organização, que se imbricam, naturalmente, com aquelas referidas estruturas e os seus referidos processos, ora estabelecendo as competências, ora normatizando as dinâmicas dos procedimentos, daí a divisão do mundo das normas (na expressão do celebrado mestre de Turim), em normas de conduta e normas de organização.

14. **Merece ressaltar que a inobservância das normas de ambas as naturezas acarreta sanções, ou seja, consequências que visam a reparação dos efeitos das infrações e também a sua prevenção;** essas infrações podem ser classificadas, (a) em primeiro lugar, como atos infracionais subjetivos, subordinadas ao Direito Sancionador, quando se trata de normas de condutas individuais, ou (b) como deformações da organização, subordinadas às regras do Direito Administrativo, determinantes da nulidade por vício manifesto, com a possibilidade (ou não) de repetição do procedimento afetado. (grifo nosso)

É de se notar, para o que importa neste trabalho, que o acórdão acolhe as teses de que (a) norma é comando destinado à disciplina da conduta humana – projetando-se, portanto, para situações futuras e incertas e (b) o conceito de norma é associado ao de sanção, ambas, como já demonstrado, marcas do pensamento de Norberto Bobbio, divorciando-se, no ponto, do conceito de ASCENSÃO, demonstrado no capítulo inicial, para quem consiste em critérios materiais, limitados por natureza e que se esgotam com a analogia, destinados à apreciação e solução de casos concretos com aplicação apenas pretérita ou presente, não caracterizada pela abstração.



### 2.3 Norma como gênero

Na base de dados que contém a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não há muitos julgados que permitam afirmar, com segurança, qual seja a orientação da Corte quanto à distinção conceitual entre norma, princípio e regra.

Não obstante, há dois acórdãos, ambos mui recentes, julgados pela Segunda Turma e da relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, que possibilitam algumas reflexões.

O primeiro, Embargos Declaratórios nos Embargos Declaratórios no Recurso Especial n.º 1.020.969/RJ, foi proferido em matéria tributária e publicado no Diário da Justiça Eletrônico do dia 5 de novembro de 2010.

Recebeu a seguinte ementa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXTINÇÃO DO CRÉDITO-PRÊMIO DE IPI. MATÉRIA DE ORDEM INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. REJEIÇÃO. PRETENSÃO INFRINGENTE. EMBARGOS MANIFESTAMENTE PROTETATÓRIOS. MULTA. ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.

1. Não havendo omissão, obscuridade ou contradição, merecem ser rejeitados os embargos declaratórios interpostos pela empresa que têm o propósito infringente.

2. A extinção do crédito-prêmio de IPI foi operada pela ausência de confirmação legal do benefício, pois o art. 1º, da Lei 8.402/92 não o abrangeu, muito embora tivesse tratado de um outro benefício previsto no art. 5º, do Decreto-Lei 491/69. A verificação da existência ou não de lei que confirmaria o benefício é tema infraconstitucional, invocando-se apenas reflexamente a aplicação do art. 41, §1º, do ADCT, por não poder o STJ, como qualquer outro tribunal, desconsiderar as **normas (princípios e regras)** constitucionais em vigor. Nesse sentido, se a invocação do art. 41, §1º, do ADCT é reflexa, o seu tratamento deriva do art. 257 do RISTJ e da Súmula n. 456, do STF, não havendo que se falar em prequestionamento.

3. Hipótese de interposição dos segundos embargos de declaração veiculando matéria idêntica cujo mérito já foi decidido inclusive em sede de recurso representativo da controvérsia (REsp. Nº 1.129.971 -BA, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 24.2.2010). O intuito protetatório do recurso assim se evidencia, o que faz incidir a norma do parágrafo único do art. 538 do CPC. Aplicação de multa em 1% do valor da causa à empresa recorrente.

4. Embargos de declaração rejeitados, com a fixação de multa. (grifo nosso)

O segundo, o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 32.544/PB, tratava de Direito Administrativo – concurso público – publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 12 de novembro de 2010 foi assim ementado:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. PRAZO PARA POSSE. DILAÇÃO ATÉ O TERMO FINAL DE VALIDADE DO CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO QUE, AO TEMPO DA POSSE PREVISTA, NÃO CUMPRE OS REQUISITOS PREVISTOS LEGALMENTE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Sustenta o recorrente, em síntese, que foi o único candidato aprovado portador de deficiência, tendo direito líquido e certo a tomar posse apenas no término de validade do concurso público, cabendo, portanto, a dilação do prazo entre nomeação e posse a fim de que cumpra todos os requisitos previstos no edital (no caso concreto, na data agendada para posse no cargo de Analista Judiciário, o impetrante-recorrente não tinha concluído o curso de Direito).

2. Uma vez nomeado em obediência à ordem classificatória do certame, não existe **norma jurídica (princípio ou regra)** que assegure prolongamento da data da posse a fim de que o seja possibilitado ao candidato nomeado o cumprimento extemporâneo dos requisitos previstos em lei e no edital.

3. Ao contrário, os arts. 5º, inc. II, e 37, caput, da Constituição da República vigente impõem ao particular e à Administração Pública obediência ao princípio da legalidade, sendo certo que, nomeado, o candidato que se inscreve no concurso público sabe que deve adimplir os requisitos para exercício do cargo público na data da posse.

4. Neste sentido, tem-se o art. 16, § 1º, do Regulamento Administrativo do Tribunal de Justiça da Paraíba, segundo o qual "[a] posse ocorrerá no prazo de trinta dias contados da publicação do ato de provimento, prorrogável por mais trinta dias, a requerimento do interessado". No mesmo sentido, o art. 13, § 2º, da Lei Complementar n. 58/03, que traz o Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis da Paraíba.

5. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido. (grifo nosso)

Estes julgados se destacam porque, na base de dados pesquisada - acervo digital da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - são os primeiros que empregam a expressão “norma jurídica (princípio ou regra)”.

No voto condutor do primeiro acórdão, o Ministro relator consignou:

Desta forma, a extinção do crédito-prêmio de IPI foi operada pela ausência de confirmação legal do benefício, pois o art. 1º da Lei 8.402/92 não o abrangeu, muito embora tivesse tratado de um outro benefício previsto no art. 5º, do Decreto-Lei 491/69. A verificação da existência ou não de lei que confirmaria o benefício é sim tema

infraconstitucional, invocando-se apenas reflexamente a aplicação do art. 41, §1º, do ADCT, **por não poder o STJ, como qualquer outro tribunal, desconsiderar as normas (princípios e regras) constitucionais em vigor**. Se a invocação do art. 41, §1º, do ADCT é reflexa, o seu tratamento deriva do art. 257 do RISTJ e da Súmula n. 456, do STF, não havendo que se falar em prequestionamento. (grifo nosso).

Já no segundo acórdão, que tratou de matéria bem diversa, registrou:

Penso que não assiste razão ao recorrente.  
Uma vez nomeado em obediência à ordem classificatória do certame, **não existe norma jurídica (princípio ou regra)** que assegure prolongamento da data da posse a fim de que o seja possibilitado ao candidato nomeado o cumprimento extemporâneo dos requisitos previstos em lei e no edital. (grifo nosso).

É de se notar que, em contextos completamente diversos, o Ministro Relator, ainda que não tendo esse aspecto como o alvo da discussão, deixa entrever que admite o conceito de norma como um gênero, do qual são espécies os princípios e as regras.

No ponto, afasta-se o relator da doutrina de ASCENSÃO, para quem, como visto, não há qualquer relação de continência entre tais conceitos, e de ÁVILA, que defende uma terceira espécie, os postulados normativos.

Nota-se, portanto, maior afinidade do Ministro Campbell com a doutrina de BOBBIO.

## 2.4 “Postulados normativos”

Ensina ÁVILA que o gênero norma pode ser dividido em três espécies: princípios, regras e postulados normativos (ÁVILA, 2009, p. 124-125).

Entretanto, se o argumento de pesquisa fornecido à base de dados da jurisprudência do Superior tribunal de Justiça for “postulado\$ ADJ normativo\$”, o sistema retornará apenas oito decisões monocráticas, mesmo quando programado para buscar em todos os bancos disponíveis. (dados relativos a 28 de novembro de 2010, data de fechamento desta pesquisa).

Destes julgados, em sete a expressão consta de transcrição dos acórdãos recorridos, e não são objeto de deliberação dos Ministros relatores.

Em um deles, o Recurso Especial n.º 928.136/MG, publicado no Diário da Justiça Eletrônico do dia 6 de abril de 2010, a Relatora, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, emprega literalmente a expressão nas suas razões de decidir.

Trata-se de um Recurso Especial interposto pela Universidade Federal de Minas Gerais contra acórdão do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, que desobrigou professora universitária aposentada de devolver à União, a título de indenização, valores relativos a um curso de doutorado.

A decisão foi assim ementada:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. LICENÇA CAPACITAÇÃO COM VENCIMENTOS. DOUTORADO. RETORNO ÀS ATIVIDADES. APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA ANTES DO TÉRMINO DO PRAZO ESTIPULADO PARA RETRIBUIÇÃO DOS SERVIÇOS, EM FUNÇÃO DO AFASTAMENTO REMUNERADO. NECESSIDADE DE RESSARCIR O ERÁRIO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Todavia, o trecho da decisão em que se debate o tema foi assim redigido:

De outro lado, depreende-se da leitura dos autos que a recorrida adquiriu os requisitos necessários para se aposentar. Porém, sua aposentadoria ocorreu no curso da contraprestação firmada com a Administração Pública, no sentido de empregar os conhecimentos adquiridos no estudo de doutoramento financiado com os proventos remuneratórios.

Ainda que se trate de **um direito incorporado ao seu patrimônio jurídico, podendo ser exercido a qualquer tempo, tal concretização desse postulado normativo revela um prejuízo à Administração Pública**, no sentido de não contar mais com a contraprestação estabelecida nos moldes do acordo firmado sob à égide da referência legislativa em vigor.

Dessa forma, em atenção aos princípios da moralidade e da boa-fé no âmbito do exercício do serviço público, a servidora ora recorrida, **ainda que exerça seu direito constitucional à fruição de sua aposentadoria**, deve indenizar a Universidade recorrente pelo período restante da contraprestação anteriormente estabelecida, uma vez que a finalidade do ato administrativo de custear os estudos de doutoramento não se limita ao usufruto próprio da recorrida, mas também à necessidade de contraprestação perante a Administração Pública. (grifo nosso)

Nota-se, daí, que a expressão, tal qual foi empregada, apresenta-se como sinônimo de “direito incorporado a patrimônio jurídico” e, portanto, muito distante do significado a ela atribuído por ÁVILA.

## **2.5 Postulados normativos: um estudo de caso.**

Não obstante a aparente divergência no emprego do conceito, como demonstrado no item anterior, é possível afirmar que o Superior Tribunal de Justiça emprega, na fundamentação de seus julgados, os postulados normativos aplicativos, de modo que os limites delineados na doutrina de Ávila – conforme referidos no item 1.4 do Capítulo 1 deste trabalho – podem ser identificados na formação/exposição das razões que suportam as teses apresentadas pelos magistrados desta Corte.

A título de exemplo, propõe-se o exame do Recurso Especial n.º 745.710, do Rio de Janeiro, decidido pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, vencido, inclusive, o relator original do feito, Ministro César Asfor Rocha. Lavrou o acórdão, na forma regimental, o Ministro Jorge Scartezzini.

A matéria posta em discussão orbitava em torno do valor fixado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro a título de indenização por danos morais decorrente de morte em acidente de trabalho, e a possibilidade de revisão quantitativa de tal valor em sede de Recurso Especial.

No ponto, e para que se possa melhor aquilatar a importância desse julgado para o propósito do presente trabalho, é de se registrar que o Superior Tribunal de Justiça tem por preceito geral não examinar, na via do recurso especial, valores fixados a título de indenização por danos morais, a teor do enunciado n.º 7 de sua Súmula, que impede o revolvimento de questões fáticas, salvo quando os valores fixados são exorbitantes ou irrisórios.<sup>1</sup>

Essa premissa, por sinal, não escapou ao relator para o acórdão, Ministro Jorge Scartezzini, que fez constar de seu voto:

De início, como cediço, resta pacificado nesta e. Corte de Uniformização que, somente ante evidente exagero ou manifesta irrisão na fixação, pelas instâncias ordinárias, das verbas

<sup>1</sup> Súmula n.º 7 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial”

indenizatórias de danos morais, em flagrante vulneração aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, às regras de experiência e ao bom senso, decorrente da inobservância de parâmetros atinentes à gravidade e à repercussão da lesão, ao grau de culpa e ao nível socioeconômico das partes, admite-se a respectiva revisão por este e. Tribunal, sem que se cogite de mácula aos ditames da Súmula 07.

Nesse caso, por conta das peculiaridades, o valor da indenização se tornou o objeto da discussão.

O contexto fático que ensejou a ação pode ser deduzido da ementa do acórdão recorrido, prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

**APELAÇÃO.** Ação de reparação de danos decorrentes de acidente com vítima fatal óbito que não decorreu da explosão e incêndio em plataforma marítima da ré, mas, sim, da queda de baleeira ao mar, ocasionando a morte de trinta e seis ocupantes, dentre eles o filho dos autores. A causa eficiente do resultado foi a negligência da Petrobrás na manutenção da embarcação, bem como na falta de treinamento para o abandono da plataforma e de pessoal marítimo capacitado para avaliar o estado do material e dos equipamentos, notadamente os de acionamento do sistema de liberação da baleeira antes da descida. Culpa grave. Pensionamento indevido por não haver sido comprovada a dependência econômica do falecido filho, que não se presume. Admissível o dano moral, ainda que à época do acidente (1984) não houvesse previsão legal. Já então, os Tribunais reconheciam o dano extrapatrimonial como fator determinante da responsabilidade civil e causa de indenização reparadora. Discutia-se a possibilidade de cumulação de danos materiais e morais, sendo majoritário o entendimento em favor da cumulação. Exasperação da verba reparatória global para o equivalente a 1.000 salários, em atendimento à índole dúplice (sanção e compensação), à conduta e situação econômica da ré, à forma trágica em que se deu a morte, à duração do sofrimento e às condições sociais dos autores, sendo atribuído a cada um destes o correspondente a 500 salários mínimos, isto é, R\$ 130.000,00. Juros de natureza simples, dado que não se pode cogitar de ilícito penal, mas civil, a contar da citação. Compensação do quantum recebido pelos autores de Pozos International, sociedade empresarial responsável pela perfuração do poço petrolífero, com o que vierem a receber em decorrência desta demanda, para que se evitem o bis in idem e o conseqüente enriquecimento ilícito. Custas e verba honorária pela ré, a teor do art. 21, parágrafo único, do CPC. Mantida a condenação da Petrobrás como responsável exclusiva pelo dano, o adesivo interposto por Pozos Perfurações Ltda. resulta prejudicado. Provimento parcial dos primeiro e segundo recursos, prejudicado o terceiro.

O relator, Ministro Jorge Scartezzini, afastou as preliminares arguidas pela recorrente (Petrobrás) e, no mérito, manteve o entendimento do Tribunal de origem quanto a não restarem demonstrados os danos materiais.

A exclusão da culpa da recorrente foi igualmente afastada, ao seguinte fundamento:

No tocante à fixação da culpa da recorrente, as instâncias ordinárias examinaram o conjunto probatório e julgaram que a morte do filho dos autores decorreu da negligência da PETROBRÁS na manutenção da baleeira, o que causou a morte do filho dos recorridos por afogamento. Consta do acórdão: *"A relação de causa e efeito entre a morte e a conduta da Petrobrás está na falta de manutenção da baleeira. Estivesse esta em perfeitas condições de operação, não teria ocorrido a morte por afogamento. E tal falta configura culpa grave, visto que a exploração de petróleo em alto-mar não pode prescindir dos meios de salvatagem adequados, dada a absoluta falta de alternativa para acudir os embarcados em caso de acidentes, que, como notório, não são incomuns em plataformas."* No ponto, incide o verbete n. 7 da Súmula/STJ.

Com isso, a discussão se limitou ao valor da indenização por danos morais, devida aos pais de um dos falecidos no acidente na plataforma marítima de exploração de petróleo. O Tribunal carioca arbitrou quinhentos salários mínimos para cada um dos autores (os pais), à época equivalente a duzentos e sessenta mil reais, valor que a recorrente pretendia reduzir.

O relator originário da causa, Ministro César Asfor Rocha, acolheu a pretensão, nos seguintes termos:

Tenho que o valor da indenização deve ser reduzido, porque o montante fixado na origem mostra-se excessivo, tendo em vista os padrões de quantificação pelos quais essa Turma tem se orientado. Com efeito, em casos assemelhados, de indenização por danos morais decorrentes de morte de filho, têm sido deferidos valores em torno de 500 salários mínimos.

Levando-se em conta as especiais circunstâncias do caso, bem como os princípios de moderação e razoabilidade, o valor deve ser reduzido para R\$ 175.000,00 para os pais.

Assim, conheço em parte do recurso e, nessa extensão, dou-lhe provimento para reduzir o valor da indenização por danos morais para R\$ 175.000,00 (Cento e setenta e cinco mil reais) mais correções.

Portanto, o relator propôs um valor final equivalente a aproximadamente dois terços do originalmente arbitrado, no que foi seguido pelo segundo vogal, o Ministro Aldir Passarinho Júnior.



O terceiro Ministro a votar, Jorge Scartezzini, inaugurou a divergência, no que foi seguido, após sucessivos pedidos de vista, pelos Ministros Hélio Quaglia Barbosa e Massami Uyeda.

No ponto, o voto afinal vencedor consignou:

Na assentada de 29.06.2006, o e. Min. Relator CESAR ASFOR ROCHA, no que foi acompanhado pelo e. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, conheceu parcialmente do recurso e, nesta extensão, deu-lhe provimento, para, em síntese: a) afastar a contrariedade aos arts. 3º, 6º, e 267, VI, do CPC, vez que, na esteira de inúmeros precedentes deste e. Colegiado, os pais de vítima falecida em acidente laboral possuem legitimidade para pleitear indenização por danos materiais e morais; b) concluir pela incidência da Súmula 07/STJ no concernente à culpa grave - negligência - da recorrente como determinante do evento danoso, fixada pelas instâncias ordinárias mediante percuente análise do conjunto probatório; c) reconhecer a ocorrência de danos morais aos autores, presumindo-se, *in re ipsa*, o respectivo prejuízo; d) assentar o excesso do *quantum* indenizatório dos danos morais - ante a orientação desta c. Quarta Turma que, em casos de morte de filho, defere valores globais aproximados de 500 salários mínimos - e, na seqüência, reduzir o valor ao total de R\$ 175.000,00 para os pais. Naquela oportunidade, quanto à perquirição da exorbitância e conseguinte redução do *quantum* reparatório, ousei divergir do entendimento de meus e. pares, no que, afinal, fui seguido pelos e. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA (15.08.2006) e MASSAMI UYEDA (05.12.2006), pelo que procedo à lavratura do presente voto.

De início, como cediço, resta pacificado nesta e. Corte de Uniformização que, somente ante **evidente exagero** ou **manifesta irrisão** na fixação, pelas instâncias ordinárias, das verbas indenizatórias de danos morais, em flagrante vulneração aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, às regras de experiência e ao bom senso, decorrente da inobservância de parâmetros atinentes à gravidade e à repercussão da lesão, ao grau de culpa e ao nível socioeconômico das partes, admite-se a respectiva revisão por este e. Tribunal, sem que se cogite de mácula aos ditames da Súmula 07 (REsp nºs 331.225/PB e 240.441/MG, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJU 04.02.2002 e 05.06.2000).

De outra feita, consoante ressaltado pelo e. Min. Relator, também não se olvida a orientação desta c. Quarta Turma no sentido de que, fulcrado o pleito indenizatório de danos morais em morte de parente, a respectiva condenação tem-se efetivado em valor equivalente a 500 salários mínimos, **a tanto não importando o número de integrantes do pólo ativo da demanda**. A propósito, confirmam-se os precedentes oriundos dos seguintes julgamentos: REsp nº 163.484/RJ, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, DJU 13.10.1998: "Deferimento de indenização equivalente a 500 salários mínimos, a ser repartida igualmente entre os beneficiários" (viúvo e filhos da vítima); REsp nº 41.614/SP, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO



JUNIOR, DJU 11.12.2000: "Dano moral devido como compensação pela dor da perda e ausência suportados pelos autores, no equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos por cada uma das vítimas, a serem repartidos eqüitativamente, consideradas as circunstâncias dos autos" (beneficiários: viúvo/pai e filhos/irmãos das vítimas); AgRg Ag nº 495.955/SP, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJU 25.02.2004: "(...) o valor da indenização pelo dano moral, estabelecido no montante de 500 salários mínimos, pela morte de filho em decorrência de circunstância trágica, não se configura abusivo" (beneficiário: pai da vítima); AgRg Ag nº 627.816/MG, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJU 07.03.2005: "o arbitramento da indenização em comento no valor de 500 (quinhentos) salários mínimos coloca-se em parâmetros razoáveis e conforme a jurisprudência desta Corte" (beneficiários: viúva e filhos da vítima); REsp nº 714.869/SP, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJU 06.11.2006: "De fato, esta eg. Turma, usualmente, tem estipulado padrões mais elevados no arbitramento de danos morais em situações similares, em que ocorre morte de filho. (...) Assim, elevo o valor da indenização para R\$ 175.000,00 (cento e setenta e cinco mil reais), hoje correspondente a 500 (quinhentos) salários mínimos" (beneficiário: pai da vítima).

Pois bem, tão-só neste ponto dissinto de tais orientações, justamente por entender que, aos parâmetros usualmente considerados à aferição do excesso ou irrisão no arbitramento do quantum indenizatório de danos morais - gravidade e repercussão da lesão, grau de culpa do ofensor, nível socioeconômico das partes -, perfaz-se imprescindível somar **o número de lesados**, a quantidade de integrantes do pólo proponente da lide. Em outros termos, tenho que a consecução da eqüidade, a observância das regras de experiência e bom senso, dos princípios da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade quando da fixação da indenização de danos morais não se coaduna com o desprezo do número de pessoas lesadas pela morte de parente. Nesta esteira, colaciono trecho de voto por mim proferido quando do julgamento, aos 28.06.2005, do REsp nº 687.567/RS, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJU 13.03.2006:

*"Sr. Presidente, peço vênia aos que pensam de maneira contrária, mas, no caso concreto, entendo que os quinhentos salários mínimos, que são o teto fixado no Tribunal, se aplicam a cada um e não ao total da família.*

***Não há como se fixar quinhentos salários mínimos a título de indenização para uma família que se compõe de dez pessoas e, em caso semelhante, fixar os mesmos quinhentos salários para uma família que se compõe de duas pessoas.***

***Penso que o máximo de quinhentos salários mínimos estabelecidos por esta Corte é razoável na medida em que esse patamar seja aplicado com equidade, de acordo com cada caso concreto, utilizando-se como referência, também, o número de lesados.***

*Destarte, a uma empresa do porte econômico como, no caso, da recorrente, entendo que é absolutamente razoável o valor fixado. Portanto, ousou divergir somente nessa parte."*

Destarte, em atenção às peculiaridades da espécie - entre outras, sofrimento extremo advindo da morte de filho em situação trágica; culpa - negligência - exclusiva e grave da ré, empresa de altíssimo porte econômico, e a condição social dos autores -, **tenho que a manutenção do *quantum* indenizatório arbitrado pelo e. Tribunal a quo, em valor equivalente a 500 salários mínimos para cada um dos autores, pais da vítima do acidente laboral, observa a eqüidade e os princípios da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade, não implicando em enriquecimento sem causa.**

Por tais fundamentos, não conheço do Recurso Especial.  
(Grifo do original)

Tem-se, então, que estava em causa “a vulneração aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, às regras de experiência e ao bom senso, decorrente da inobservância de parâmetros atinentes à gravidade e à repercussão da lesão, ao grau de culpa e ao nível socioeconômico das partes” e estes foram, em síntese, os fundamentos do acórdão que, ao final, “não conheceu do Recurso Especial” para manter íntegra a indenização fixada pela segunda instância.

Logo se vê que o tratamento conceitual dado às normas (princípio, regras e postulados) não é tecnicamente preciso, aparentando uma miscelânea das doutrinas de Bobbio (para quem razoabilidade e proporcionalidade são princípios) Ascensão (que afirma a inexistência de correlação entre regras e princípios e admite que regras podem ser retiradas da experiência e do bom senso) e Ávila (que defende a construção da norma aplicável a partir da realidade objetiva).

Ou, em outras palavras, nos fundamentos de um mesmo acórdão pode-se perceber a mescla de várias posições doutrinárias que, tomadas isoladamente, seriam antagônicas (Bobbio e Ascensão, por exemplo).

## CONCLUSÃO

Mesmo sem a pretensão de ser exaustivo, o estudo permitiu compreender que o tratamento dado ao conceito de norma na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ainda carece de maior rigor técnico.

Os termos “normas”, “princípios”, “regras” e “postulados” em alguns casos são empregados como sinônimos e, em outros, como conceitos distintos. Ora guardam alguma relação entre si, ora são apresentados nos julgados como termos sem qualquer correlação. Há julgados em que se pode inferir a filiação conceitual a determinada doutrina e outros tantos em que a confusão conceitual é de tal ordem que não se pode apontar uma tendência dominante.

Dos teóricos adotados na revisão doutrinária que deu suporte a este trabalho, Bobbio é o mais citado, mas nem por isso, o mais compreendido. Se o mestre de Turim pudesse hoje visitar a jurisprudência do STJ dificilmente a consideraria filiada à corrente institucionalista, à corrente relacionista ou à corrente normativista. Provavelmente diria que, por se tratar de um Tribunal relativamente novo, com uma jurisprudência ainda em formação, não se posicionou doutrinariamente.

Ascensão, ao seu turno, reforçaria a convicção de que a norma é uma construção da mente humana, e uma construção social (colegiada?). Pelo menos é o que se pode inferir da jurisprudência da Corte, que fixou “objetivamente” o valor de indenização por danos morais pela perda de um filho em acidente em serviço. De resto, veria que nossa jurisprudência é pautada em normas (passado e presente) e não em regras (presente e futuro) como seria de se esperar de um Tribunal constitucionalmente destinado à uniformização da aplicação da legislação federal infraconstitucional. Talvez este autor tenha percebido isso ainda ao tempo do extinto Tribunal Federal de Recursos quando, na condição de professor do Curso de Mestrado da Faculdade de Direito do Recife, redigiu a obra em que se baseou esta pesquisa nela gravando, como dedicatória: “A Angola, Minha Terra”.

Humberto Ávila não diria, mas bem poderia dizê-lo, que o Superior Tribunal de Justiça aplica, sim, os postulados normativos aplicativos nos seus julgados. Só não tem consciência disso.

Em qualquer caso, evidente a imprecisão terminológica, a ressaltar, também, a necessidade de aprofundamento dos debates, para possibilitar um tratamento mais uniforme do tema.

## REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito**. Introdução e Teoria Geral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOBBIO, Norberto; MATTUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 10 ed. Brasília: UnB, 1977.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 3ed. São Paulo: Edipro, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos Declaratórios nos Embargos Declaratórios no Recurso Especial n.º 1.020.969/RJ, Relator o Ministro Mauro Campbell Marques, Brasília, DF, 21 de outubro de 2010. **DJe** de 05/11/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 928.136/MG, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Brasília, DF, 5 de março de 2010. **DJe** de 06/04/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 745.710/RJ, Relator para o acórdão o Ministro Jorge Scartezzini, 4ª Turma, Brasília, DF, 5 de dezembro de 2006. **Lex**: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 213, p. 128. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 862, p. 116. **DJ** de 9/4/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.042.760/PE, Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, Brasília, DF, 13 de maio de 2008. **DJe** de 15/09/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 32.544/PB, Relator o Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, Brasília, DF, 4 de novembro de 2010. **DJe** de 12/11/2010.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, decisão, dominação. 4ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 6 ed. São Paulo: Rideel, 2004.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.